

---

# Corso di diritto amministrativo II parte

L'attività amministrativa

# Il potere amministrativo e le garanzie del cittadino

---

- Poteri speciali e garanzie speciali: principio di legalità e suo significato
- Principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale
- Principio di legalità e riserva di legge: punti di contatto
- Poteri amministrativi e principio di giustiziabilità

# I poteri amministrativi: tipi e caratteri

---

- Poteri restrittivi (ablatori o aggressivi)
- Poteri ampliativi e loro logica (contesto di divieti)
- (segue) Poteri ampliativi e soggetti terzi
- Poteri normativi: regolamenti e atti amministrativi generali
- Poteri gestionali: ovvero i poteri amministrativi per “scelta legislativa”.  
Procedure ad evidenza pubblica, atti di disposizione dei beni pubblici, personale p.a.

# I poteri normativi

---

- Le competenze: enti territoriali, altri enti pubblici, i poteri regolativi delle amministrazioni indipendenti
- Contenuto generale e astratto e regime giuridico conseguente
- Atti regolamentari (e generali) e garanzie procedurali
- Il problema del sindacato: la loro non diretta impugnabilità

# Legalità e tipicità dei poteri amministrativi

---

- Dal potere al provvedimento: tipicità e nominatività degli atti amministrativi.
- Es. *art. 4 t.u.l.p.s. (r.d. 773 del 1931)*: L' autorità di p.s. ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici.
- Es. *art. 22 co. 6 d. lgs 114/98 (commercio)*. “In caso di svolgimento abusivo dell'attività il sindaco ordina la chiusura immediata dell'esercizio di vendita”.

# L'eccezione dei poteri atipici

---

- Art. 54 2° co. t.u. enti locali: “Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini”.
- Es. art. 216 r.d. 773 del 1931: il Ministro dell' interno, in caso di pericolo pubblico per l' intero territorio nazionale, può “emanare ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie aventi attinenza all' ordine pubblico e alla sicurezza pubblica”.

## (segue) I poteri atipici

---

- *Es. art. 2 l co. t.u. p.s. r.d. 773 del 1931: “Il prefetto, in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica”.*
- Atipicità dei poteri e limiti dell’ordinamento. Le ordinanze creative dei sindaci.

# Test di legittimità

---

- Comune di Campobello di Licata: ordinanza del sindaco per vietare i calciobalilla (all'aperto) dopo le ore 21.00
- Comune di Erice: ordinanza che vieta l'esposizione negli esercizi commerciali del centro storico di capi di abbigliamento o altra mercanzia che propone satiricamente il linguaggio della mafia.
- Comune di Capriate San Gervasio: ordinanza anti-kebab e anti-phone center in centro.

(segue)

---

- Sindaco di Novara: ordinanza che vieta di stare nei parchi di sera in 3 o più persone
- Sindaco di Eraclea: ordinanza che vieta di scavare buche sul bagnasciuga
- Sindaco di Pescara: ordinanza che vieta di vestire in abiti succinti. Multa fino a 500 euro.
- Comune di Castellamare del Golfo: ordinanza anti petardi e gavettoni.
- Comune di Marsala: vietato il volantaggio pubblicitario. Ammesso quello politico e sindacale.

# Poteri vincolati

---

- Potere vincolato: la legge disciplina compiutamente il potere senza lasciare margini di apprezzamento all'amministrazione.
- Art. 3 t.u.l.p.s. rilascio della carta di identità: richiesta interessato, compimento 15° anno di età, residenza o dimora nel Comune.
- Requisiti e presupposti oggettivi – certezza dell'accertamento, non opinabilità.

# Poteri collegati a presupposti da valutare

---

- presupposti da cui dipende la decisione amministrativa non oggettivi: “situazione di pericolo”, “condizioni anormali di pubblica sicurezza”, “rischio per la salute”. “emergenza sanitaria”, “abuso di posizione dominante”, “idoneità alla guida” ecc.
- Necessaria un’operazione interpretativa che implica una valutazione
- Valutazione dell’autorità decidente o di soggetti esperti tramite procedure ad hoc

# Alcuni esempi

---

- L'idoneità fisica e psichica di un soggetto attestata da un medico
- Il pregio storico-artistico di un edificio ai fini della sottoposizione ad un vincolo
- L'esame universitario
- L'attestazione di rischio ai fini delle decisioni di gestione (precauzionale) del rischio
- Le condizioni anormali di pubblica sicurezza ai fini della revoca del porto d'armi

# Il problema del sindacato sulle valutazioni compiute dalla p.a.

---

- Controllo debole o controllo forte?
- La ricerca di un equilibrio stabile
- Il caso *Chevron* (1984) – Stati Uniti
- Il caso *Upjohn* (1999) – Unione europea
- Cons. Stato, sez. IV, 5287/2001
- Il caso Antitrust v. Enel (2002)

# Esame della fattispecie

---

- Art. 42 t.u.l.p.s.: “Il Prefetto ha facoltà di concedere, in caso di *dimostrato bisogno*, licenza di portare rivoltelle o pistole di qualunque misura”. Art. 43 t.u.l.p.s. “Non può essere concessuta la licenza di portare armi: a chi ha riportato condanna alla reclusione per delitti non colposi contro le persone commessi con violenza ecc.. La licenza può essere ricusata ai condannati per delitto diverso da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta”.

# La discrezionalità amministrativa

---

- Potere di scelta della p.a.
- Il vincolo del fine (art. 1 l. 241/90 – “l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge”). Differenza rispetto all’ autonomia privata.
- Oggetto della scelta: gli interessi, pubblici e privati in gioco, loro comparazione e gerarchizzazione.
- Differenza con concetti giuridici indeterminati e valutazione di fatti complessi (c.d. discrezionalità tecnica)

# Discrezionalità negli atti generali e negli atti puntuali

---

- Frequente consumazione della discrezionalità negli atti generali (piani urbanistici, piani commerciali, bandi concorsuali) con atti puntuali sostanzialmente vincolati o caratterizzati da discrezionalità tecnica.
- La scelta discrezionale e le regole che devono guidarla: i principi guida dell'azione amministrativa.
- L'obbligo di motivazione e la costruzione della decisione secondo un'istruttoria completa (rinvio)

# I principi generali dell'azione amministrativa

---

- L' art. 1 della l. 241/90
- Il rinvio ai principi dell' ordinamento comunitario: la Carta dei diritti dell' UE (art. 41 e 42) e la giurisprudenza della Corte UE
- Gli altri principi europei: principio di precauzione, del legittimo affidamento, di proporzionalità, di pubblicità
- Possibili conflitti : efficienza v. difesa

# Il provvedimento amministrativo

---

- Il provvedimento come manifestazione tipica del potere amministrativo
- Meri atti e provvedimenti: rilevanza della distinzione
- I caratteri del provvedimento:
  - A) l' unilateralità (profilo strutturale)
  - B) l' autoritarità: ambiguità della nozione
  - C) l' imperatività
  - D) l' efficacia, l' esecutività, l' esecutorietà, l' inoppugnabilità
  - E) la teoria dell' equivalenza tra atto illegittimo e atto legittimo

# La struttura del provvedimento

---

- Il provvedimento amministrativo si suddivide in tre parti:
- a) la parte iniziale, o intestazione, che comprende: 1) la denominazione formale del tipo di provvedimento amministrativo (es. *decreto*, *deliberazione*, *determinazione* ecc.); 2) l' autorità emanante; 3) l' oggetto, che indica la funzione del provvedimento nel caso concreto; 4) gli estremi che comprendono l' eventuale data e il numero che esprime il codice di protocollo per l' identificazione univoca del provvedimento o comunque il numero assegnato al provvedimento dall' ente emanante;
- b) la parte centrale che comprende: 1) il preambolo; 2) la motivazione; 3) il dispositivo;
- c) la parte finale, o conclusione, che comprende: 1) il luogo in cui il provvedimento è stato adottato; 2) la data di adozione del provvedimento; 3) la sottoscrizione.
  
- “Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti” (Istituto di teoria e tecniche dell' informazione giuridica del Cnr e Accademia della Crusca)

# Dal potere al provvedimento: il procedimento amministrativo

---

- L'azione amministrativa come azione procedimentalizzata: una regola universale
- L'iniziale irrilevanza del procedimento in Italia
- La codificazione di regole e istituti nella l. 241/90
- Altre esperienze di disciplina generale positiva: USA (1946), Germania (1976), Austria (1925), Spagna (1958).
- Resistenze alla codificazione: Francia, UK. *La prevalenza del formante giurisprudenziale*
- Il caso dell'Unione Europea (cenni e rinvio)

# Struttura e funzione del procedimento

---

- Profili strutturali: le quattro fasi del procedimento
- Profili funzionali: a cosa serve il procedimento?
  - A) luogo di emersione degli interessi, della loro acquisizione, di coordinamento e di confronto;
  - B) garanzie del privato

# Le fasi viste da vicino: la fase dell' iniziativa

---

- Iniziativa di parte e iniziativa d' ufficio
- L' obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso
- I termini di conclusione del procedimento e le conseguenze della sua violazione
- Ritardo e responsabilità (rinvio)
- Il silenzio della p.a. e i suoi significati (rinvio)

## (segue): avvio del procedimento e partecipazione del privato

---

- L'obbligo di comunicazione di avvio e le parti "necessarie" del procedimento amministrativo (art. 7 e 8 l. 241/90)
- La partecipazione spontanea: i soggetti ammessi (art. 9)
- I contenuti della partecipazione (art. 10)
- Le conseguenze della omessa comunicazione di avvio (art. 8 e art. 21 octies II comma)
- Il preavviso di rigetto (art. 10 bis)

# (segue) l' istruttoria procedimentale

---

- Principi in tema di istruttoria: completezza ed economicità procedurale
- Gli atti istruttori e la conferenza istruttoria (rinvio)
- Le valutazioni tecniche e i pareri: disciplina nella l. 241/90
- I rapporti tra risultanze istruttorie e decisione amministrativa
- I difetti di istruttoria e le loro conseguenze sul provvedimento

## (segue): la fase decisoria

---

- Decisioni collegiali e decisioni monocratiche
- Decisioni monostrutturate e decisioni pluristrutturate
- I concerti, le intese, il nulla osta e la cura di interessi co-primari
- Fase decisoria e *perfezione* dell'atto
- Dalla perfezione all'efficacia

# La conclusione del procedimento

---

- La conclusione del procedimento con provvedimento espresso.
- La conclusione mediante accordo sostitutivo.
- I Procedimenti autorizzatori: liberalizzazione e decisione tacita.
- La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) dell'art. 19 della legge 241/90. Ad. Plen. n. 15/2011 del Consiglio di Stato
- Il silenzio – assenso nell'art. 20 della legge 241/90

# L'invalidità del provvedimento amministrativo

---

- Invalidità ed efficacia
- La nullità e le sue cause
- L'illegittimità e le sue cause
- L'art. 21 *octies* e la dequotazione di alcune violazioni formali e procedurali
- La mera irregolarità e la sua irrilevanza ai fini dell'efficacia dell'atto
- Diverse invalidità e differenti regimi processuali

# La nullità – art. 21 septies 1. 241/90

---

- Le cause di nullità: mancanza degli elementi essenziali, viziato da difetto assoluto di attribuzioni, adottato in violazione o elusione del giudicato e negli altri casi previsti dalla legge.
- Atto nullo – mancato esercizio di potere – diritto soggettivo – giurisdizione del giudice ordinario – tutela di accertamento e condanna
- Eccezione: la giurisdizione del g.a. sugli atti in violazione ed elusione del giudicato

# L'annullabilità – art. 21 *octies* 241/90

---

- Le cause di annullabilità (art. 21 *octies* I comma): violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere
- Le violazioni di legge *non invalidanti* (art. 21 *octies* II comma)
- Atto annullabile – cattivo esercizio del potere – interesse legittimo – tutela dinanzi al g.a. – azione di annullamento

# La contrarietà dell'atto amministrativo nazionale al diritto dell'UE

---

- Invalidità secondo le categorie tradizionali o invalidità speciale?
- Invalidità per contrasto diretto e invalidità per contrasto indiretto: fattispecie
- Il regime di contestabilità tra annullabilità e disapplicabilità
- Erich Ciola – Corte di Giustizia 29 aprile 1999
- Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3621/2008

# La risarcibilità degli interessi legittimi: le tappe di una lenta evoluzione

---

- Il danno risarcibile e la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi nell'art. 2043 c.c.
- La risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi e la tradizionale pregiudiziale amministrativa
- L'irrisarcibilità degli interessi legittimi pretensivi fino alla svolta della Cass. S.U. del 1999 (sent. n. 500)

## (segue): interessi legittimi e risarcimento del danno

---

- Il superamento del dogma della irrisarcibilità e le due conseguenze
- La questione del giudice competente nella legge 205/2000 e oltre
- Il braccio di ferro tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato
- La soluzione accolta nel c.p.a.: una pregiudiziale mascherata?